A

SPNB Aspirasi Sdn Bhd lwn Chimonief Sdn Bhd

B MAHKAMAH RAYUAN (PUTRAJAYA) — RAYUAN SIVIL NO D-02(IM)(NCC)-485–03 TAHUN 2020
NOR BEE ARIFFIN, AZIZAH NAWAWI DAN LEE HENG CHEONG HHMR
14 FEBRUARI 2022

C

Prosedur Sivil — Pliding — Taksiran ganti rugi — Sama ada hakim Mahkamah Tinggi ('HMT') bergantung kepada fakta material yang tidak diplid dalam pernyataan tuntutan — Sama ada HMT menjalankan pentaksiran ganti rugi atas asas bahawa perjanjian pembangunan telah ditamatkan — Sama ada D *HMT gagal mempertimbangkan prinsip yang terpakai dalam pentaksiran ganti rugi — Sama ada HMT gagal memberikan justifikasi bagaimana award yang diperintahkan tercapai — Sama ada campur tangan rayuan wajar*

Rayuan ini adalah berkaitan dengan pentaksiran ganti rugi berbangkit E daripada penghakiman ingkar pembelaan yang diperoleh responden ('plaintif') terhadap perayu ('defendan') di Mahkamah Tinggi berdasarkan tuntutan kemungkiran kontrak di bawah development agreement ('perjanjian pembangunan') yang dibuat antara perayu dengan responden. Di bawah perjanjian pembangunan, defendan bersetuju melantik plaintif sebagai F turnkey contractor untuk membangunkan tanah seluas empat ekar, bagi cadangan projek pembangunan, pembinaan dan penyiapan 880 unit pangsapuri kos sederhana dan 26 unit rumah kedai lengkap dengan pelbagai infrastruktur ('projek tersebut'). Menurut klausa 6.1 perjanjian pembangunan, kewajipan kontraktual defendan adalah untuk membiayai keseluruhan kos G pembangunan projek tersebut sebanyak RM298 juta yang termasuk dalamnya kos tanah tersebut sebanyak RM10,880,000 ('kos tanah'). Defendan dikehendaki membayar kos tanah seperti yang berikut: (a) RM1,088,000 bersamaan dengan 10% kos tanah semasa pelaksanaan perjanjian pembangunan; (b) RM7,616,000 bersamaan dengan 70% kos tanah dalam H tempoh 90 hari dari tarikh perjanjian pembangunan tertakluk kepada syarat-syarat duluan dalam klausa 2 dipenuhi oleh plaintif; dan (c) RM2,176,000 bersamaan dengan 20% kos tanah sebaik sahaja diperoleh kelulusan bagi pelan pembangunan yang hendaklah diperoleh dalam tempoh sembilan bulan dari tarikh perjanjian pembangunan menurut klausa 7.2.5. I Selain itu, kedua-dua pihak membuat supplementary development agreement ('perjanjian pembangunan tambahan'). Perjanjian pembangunan tambahan ini mengadakan peruntukan mengenai bila projek tersebut hendaklah dimulakan dan disempurnakan dan remedi kepada plaintif jika berlaku kegagalan defendan mematuhi kedua-dua perjanjian.Walaupun plaintif telah

mematuhi peruntukan klausa 2. Defendan, hanya membayar 10% daripada kos tanah tersebut, dan gagal membayar 90% kos tanah, dalam tempoh yang ditetapkan dalam klausa 6.1. Walaupun dua tuntutan bagi menuntut kos tanah dibuat, defendan gagal membayar. Akibat kemungkiran defendan, plaintif menuntut dalam tindakan ini 90% kos tanah dan pelbagai ganti rugi, faedah dan kos. Disebabkan defendan gagal memfailkan pembelaan dalam masa yang ditetapkan, penghakiman ingkar pembelaan telah direkodkan terhadap defendan ('penghakiman ingkar'). Defendan diperintahkan membayar plaintif jumlah prinsipal sebanyak RM9,792,000, ganti rugi am, ganti rugi khas dan ganti rugi teladan yang kesemuanya hendaklah ditaksirkan, faedah dan kos. Memandangkan defendan tidak mengenepikan penghakiman ingkar tersebut, plaintif memfailkan notis permohonan di lampiran 20 untuk penetapan tarikh bagi pentaksiran ganti rugi dan turut memohon supaya segala bukti berkaitan dengan pentaksiran ganti rugi diberikan dalam bentuk afidavit. Terkilan dengan keputusan HMT, isu-isu dibangkitkan di dalam rayuan ini: (i) sama ada HMT terkhilaf memberi award ganti rugi berpandukan kos pembinaan yang tidak diplidkan di dalam pernyataan tuntutan; (ii) menjalankan pentaksiran ganti rugi atas asas bahawa perjanjian pembangunan telah ditamatkan sedangkan isu penamatan tidak diplid oleh plaintif; dan (iii) gagal mempertimbangkan prinsip yang terpakai dalam pentaksiran ganti rugi.

Diputuskan, membenarkan rayuan:

(1) Mahkamah adalah terikat untuk hanya memutuskan kes berdasarkan pliding dan tidak boleh mengetepikan pliding pihak-pihak. HMT tidak boleh mengabaikan pliding plaintif. Berdasarkan pliding plaintif, HMT hanya boleh membuat taksiran ganti rugi kehilangan keuntungan berdasarkan kos tanah sahaja (lihat perenggan 53–54).

(2) Plaintif dari permulaan lagi telah memberi Hashimah arahan yang tidak betul, iaitu untuk mengira keuntungan daripada kos pembinaan sedangkan tuntutan bagi kos tersebut bukan sahaja tidak diplid malah belum muktamad dan adalah pra matang. Isu pliding adalah isu undang-undang yang tidak patut dibebankan ke atas Hashimah. Namun begitu, sukar untuk mengecualikan Hashimah daripada isu pra-matang. Ini kerana Hashimah mengetahui dan dianggap telah menganalisa kedua-dua perjanjian tersebut dalam proses mengemukakan pendapat pakarnya. Hashimah telah tersilap pertamanya, apabila mengambil kira kos pembinaan tanpa mengambil kira kesan klausa 6.1(b) perjanjian pembangunan, iaitu belum terdapat kontrak perjanjian yang menjadikan kos pembinaan yang menjadi asas pengiraannya, masih belum muktamad. Memandangkan berkemungkinan kos pembinaan akan berubah, maka pengiraan anggaran keuntungan berdasarkan kos pembinaan pada peringkat ini adalah bertentangan dengan persetujuan yang telah dicapai oleh kedua-dua pihak (lihat perenggan 63–65).

(3) Tuntutan untuk kos pembinaan adalah pra-matang kerana pembinaan projek belum bermula kerana belum ada pelan bangunan; dan klausa 3.1 perjanjian tambahan tidak dikuatkuasakan oleh plaintif terhadap defendan. HMT nyata terkhilaf dalam membenarkan tuntutan ganti rugi untuk kehilangan keuntungan berdasarkan kos pembinaan yang, secara langsung, menjejaskan kepentingan defendan (lihat perengggan 66 & 68).

(4) Bukan menjadi kes plaintif yang diplid bahawa perjanjian pembangunan dan perjanjian pembangunan tambahan telah ditamatkan oleh plaintif menurut perjanjian pembangunan tambahan untuk membolehkan plaintif melaksanakan hak kontraktualnya menuntut ganti rugi kehilangan keuntungan. Pernyataan tuntutan juga tidak membuat apa-apa sebutan mengenai atau rujukan kepada perjanjian pembangunan tambahan. Dalam ketiadaan penamatan perjanjian pembangunan dan/atau perjanjian pembangunan tambahan, maka tuntutan bagi kehilangan keuntungan berdasarkan kos pembinaan adalah tidak konsisten dan bercanggah dengan terma kontraktual yang telah dipersetujui antara plaintif dan defendan, dan sepatutnya ditolak oleh mahkamah (lihat perenggan 79).

(5) Undang-undang memperuntukkan bahawa prinsip am undang-undang taksiran ganti rugi adalah bersifat pampasan. Award global sebanyak RM90 juta yang tidak relevan bagi kos tanah dan dan tidak bersifat pampasan, mengundang kekaburan dan pelbagai persoalan. Tidak ada kepastian sama ada award yang diberikan oleh HMT merangkumi kesemua ganti rugi yang ditafsirkan, iaitu ganti rugi khas, ganti rugi am dan ganti rugi teladan (lihat perenggan 86 & 90–91).

(6) HMT gagal untuk memberi justifikasi atau penjelasan bagaimana tuntutan plaintif bagi kemungkiran defendan membayar baki 90% kos tanah sebanyak RM9,792,000, boleh membawa kepada plaintif menerima ganti rugi keuntungan sebanyak RM90 juta. Award ganti rugi yang jauh tidak setimpal dengan kemungkiran yang diplid oleh plaintif berpunca daripada kegagalan HMT membezakan antara komponen kos tanah dan komponen kos pembinaan. Hak yang dituntut oleh plaintif mestilah selaras dan berpaksikan terma kontraktual yang mengikat mereka dan mahkamah mestilah memberikan kesan kepada terma yang mengikat itu. Ini tidak berlaku dalam kes ini (lihat perenggan 93–94).

[English summary

This was an appeal related to the assessment of damages arising from the judgment in default of defence obtained by the respondent ('plaintiff') against the appellant ('defendant') in the High Court based on the claim for breach of contract under the development agreement ('development agreement') made between the appellant and the respondent. Under the development agreement,

the defendant agreed to appoint the plaintiff as a 'turnkey contractor' to develop four acres of land, for the proposed development, construction and completion of 880 units of medium-cost apartments and 26 units of shop houses with various infrastructures ('the project'). Pursuant to clause 6.1 of the development agreement, the defendant's contractual obligation was to finance the total development cost of the project of RM298m together with the cost of the property for the sum of RM10,880,000 ('property's cost'). The defendant was required to pay the cost as follows: (a) RM1,088,000 equivalent to 10% of the cost of the property during the execution of the development agreement; (b) RM7,616,000 equivalent to 70% of the cost of the property within 90 days from the date the development agreement subject to the conditions in clause 2 was met by the plaintiff; and (c) RM2,176,000 equivalent to 20% of the cost of property upon approval for the development plan to be obtained within nine months from the date of the development agreement pursuant to clause 7.2.5. In addition, both parties entered a supplementary development agreement ('additional development agreement'). This additional development agreement stated when the project should commence and executed and provided remedy to the plaintiff in the event of the defendant's failure to comply with both agreements. Although the plaintiff complied with the provisions of clause 2, the defendant paid only 10% of the cost of the property and failed to pay 90% of the cost of the property, within the period stipulated in clause 6.1. Although there were two claims for cost of the property were made, the defendant failed to pay. As a result of the default, the plaintiff claimed in this action 90% of the cost of the property and various damages, interest and costs. Due to the defendant failure to file a defence within the stipulated time, judgment in default was entered against the defendant ('judgment in default'). The defendant was ordered to pay the plaintiff the principal amount of RM9,792,000, general damages, special damages and exemplary damages to be assessed, with interest and costs. Since the defendant did not set aside the judgment in default, the plaintiff filed a notice of application in encl 20 for the assessment of damages and requested that all evidence relating to the assessment of damages be given in the form of an affidavit. Aggrieved by the decision, this appeal was filed on the following issues: (i) whether HCJ was erred in granting damages based on construction costs which was not pleaded in the statement of claim; (ii) carried out an assessment of damages on the basis that the development agreement had been terminated whereas the termination of contract was not pleaded by the plaintiff; and (iii) erred to consider the applicable principles in the assessment of damages.

Held, allowing appeal:

(1) The court was bound to the pleading in deciding cases and could not depart from the pleadings. HCJ could not ignore the plaintiff's pleading. Based on the plaintiff's pleading, HCJ could only assess the loss of profit

as damages based on the cost of property only (see paras 53–54).

(2) Since beginning, the plaintiff had given wrong instruction to Hashimah, which was to calculate the profit from the construction cost while the claim for the cost was not only pleaded but not final and premature. The pleading was a legal issue that should not be imposed on Hashimah. However, it was difficult to exclude Hashimah from premature issues. This was because Hashimah knew both agreements when she gave her expert opinion. There was a mistake when Hashimah took into account the cost of construction without taking into account clause 6.1(b) of the development agreement, ie there had not been a contract agreement which included construction cost which was the basis of its calculation, and not finalised yet. Since it was likely that the cost of construction would change, then the calculation of the estimated profit based on the cost of construction at this stage was contrary to the agreement reached by both parties (see paras 63–65).

(3) The claim for construction costs was premature as the construction of the project was not commenced as there was no building plan yet; and clause 3.1 of the additional agreement was not enforced by the plaintiff against the defendant. HCJ was erred in allowing claim for damages for the loss of profits based on construction costs that, directly affected the interest of the defendant (see paras 66 & 68).

(4) The plaintiff did not plead that the development agreement and additional development agreements had been terminated by the plaintiff pursuant to additional development agreements thus the plaintiff could not exercise his contractual rights to claim damages for loss of profits. The statement of claim also did not state or made any reference to additional development agreements. In the absence of termination of the development agreement and/or additional development agreement, the claim for loss of profit based on construction cost was inconsistent and contradicted the contractual terms agreed between plaintiff and defendant and should had been rejected by the court (see para 79).

(5) The law stated that the general principles of the law regarding assessment of damages were of compensatory in nature. A global award of RM90m which was irrelevant for the cost of property was not compensatory and vague. There was no certainty as to whether the award awarded by HCJ consisted of all damages ie special damages, general damages and exemplary damages (see paras 86 & 90–91).

(6) HCJ did not justify how the plaintiff's claim for the defendant's default in paying the remaining 90% of the property cost of RM9,792,000, lead to the plaintiff receiving a profit due to damage of RM90m. The award of damages was not proportionate with the defaults as had been pleaded by the plaintiffs as there was a failure by the HCJ to distinguish between the

cost of the property and the cost of construction. The plaintiff's claim must be consistent and based on contractual terms between the parties and the court must give effect to those binding terms. This did not happen in this case (see paras 93–94).]

Kes-kes yang dirujuk

Aseambankers Malaysia Bhd & Ors v Shencourt Sdn Bhd & Anor [2014] 4 MLJ 619, MR (diikut)

Bank Bumiputra Malaysia Bhd Kuala Terengganu v Mae Perkayuan Sdn Bhd & Ors [1993] 2 MLJ 76; [1993] 1 MLRA 198, MA (dirujuk)

Datuk Mohd Ali bin Hj Abdul Majid & Anor & Co v Public Bank Bhd [2014] 4 MLJ 465, MP (dirujuk)

Fraser & Neave Ltd v Yeo Hiap Seng Ltd [1989] 1 MLJ 91, MR (dirujuk)

Guan Soon Tin Mining Co v Ampang Estate [1973] 1 MLJ 25, MP (dirujuk)

Hadley v Baxendale [1854] 9 Exch 34 (dirujuk)

Hock Huat Iron Foundry v Naga Tembaga Sdn [1999] 1 MLJ 65, MR (dirujuk)

Janagi v Ong Boon Kiat [1971] 2 MLJ 196 (diikut)

Kemajuan Masteron Sdn Bhd v Chong Nge Wei & Ors [2020] MLJU 547; [2020] 4 MLRA 680, MR (diikut)

Nikmat Masyhur Sdn Bhd v Kerajaan Negeri Johor Darul Ta'zim [2014] 1 MLJcon 213; [2008] 9 CLJ 46, MT (dirujuk)

Pacific Forest Industries Sdn Bhd & Anor v Lin Wen-Chih & Anor [2009] 6 MLJ 293, MP (diikut)

Perbadanan Pengurusan 3 Two Square v 3 Two Square Sdn Bhd & Anor [2019] MLJU 1983, MR (dirujuk)

Popular Industries Ltd v Eastern Garment Manufacturing Sdn Bhd [1989] 3 MLJ 360, MT (dirujuk)

Projek Lebuh Raya Utara-Selatan Sdn Bhd v Kim Seng Enterprise (Kedah) Sdn Bhd [2013] 5 MLJ 360, MR (diikut)

RHB Bank Bhd (substituting Kwong Yik Bank Bhd) v Kwan Chew Holdings Sdn Bhd [2010] 2 MLJ 188, MP (diikut)

Sony Electronics (M) Sdn Bhd v Direct Interest Sdn Bhd [2007] 2 MLJ 229, MR (dirujuk)

Tan Ah Chim & Sons Bhd v Ooi Bee Tat & Anor [1993] 3 MLJ 633, MT (dirujuk)

Tan Kuan Yau v Suhindrimani [1985] 2 MLJ 22; [1985] 1 MLRA 183, MP (dirujuk)

Tan Sri Khoo Teck Puat & Anor v Plenitude Holdings Sdn Bhd [1994] 3 MLJ 777, MP (dirujuk)

Tara Rajaratnam v Datuk Jagindar Singh & Ors [1984] 1 MLJ 175 (dirujuk)

UDA Holdings Bhd v Koperasi Pasaraya Malaysia Bhd and other appeals [2007] 6 MLJ 530, MR (dirujuk)

Undang-undang yang dirujuk

Akta Kontrak 1950 s 74

Rayuan daripada: Guaman No DA-22NCC-7–05 Tahun 2019 (Mahkamah Tinggi, Kota Bahru)

Ahmad Fadzly (Pavithra K dan Deepak Mahadevan bersamanya) (Azmi Fadly Maha & Sim) bagi pihak perayu.

Rajasingan Aswath (R Aswath bersamanya) (Ahmad Deniel, Ruben & Co) bagi pihak responden.

Nor Bee Ariffin HMR:

PENGENALAN

[1] Rayuan ini adalah berkaitan dengan pentaksiran ganti rugi berbangkit daripada penghakiman ingkar pembelaan yang diperoleh responden terhadap perayu di Mahkamah Tinggi pada 6 November 2019 (penghakiman ingkar tersebut) berdasarkan tuntutan kemungkiran kontrak di bawah *development agreement* bertarikh 16 Oktober 2014 (perjanjian pembangunan) yang dibuat antara perayu dengan responden.

[2] Tiga isu utama berbangkit dalam rayuan ini. Pertama, sama ada Yang Arif Hakim Mahkamah Tinggi (HMT) telah terkhilaf kerana memberikan award kepada responden bagi ganti rugi yang bersandarkan kos pembinaan yang tidak diplid. Kedua, sama ada HMT telah terkhilaf apabila menjalankan pentaksiran ganti rugi sedangkan tidak ada penamatan perjanjian pembangunan dan perjanjian pembangunan tambahan bertarikh 12 Disember 2017 bagi membolehkan responden menuntut ganti rugi kehilangan keuntungan, dsb. Ketiga, sama ada HMT gagal mengambil kira prinsip yang terpakai dalam pentaksiran ganti rugi.

FAKTA

[3] Bagi kemudahan rujukan, pihak-pihak dalam penghakiman ini dikenali sebagai plaintif dan defendan sebagaimana mereka dikenali di Mahkamah Tinggi.

[4] Secara ringkas, kes yang diplid oleh plaintif adalah seperti yang berikut.

[5] Di bawah perjanjian pembangunan, defendan bersetuju melantik plaintif sebagai 'turnkey contractor' untuk membangunkan tanah seluas empat ekar yang dikenali sebagai HSD 13336, Lot PT1475 yang terletak di Seksyen 65, Bandar Baru Tunjong, Mukim Kota Jajahan Kota Bharu, Kelantan (tanah

tersebut), bagi cadangan projek pembangunan, pembinaan dan penyiapan 880 unit pangsapuri kos sederhana dan 26 unit rumah kedai lengkap dengan pelbagai infrastruktur termasuk longkang, pembetung, jalan masuk, lorong masuk, air, elekrik dan saluran pembetungan dan sambungan dalaman mengikut pelan dan terma-terma dokumen kontrak yang dirujuk di dalam Jadual B kepada perjanjian pembangunan (projek tersebut).

[6] Menurut klausa 6.1 perjanjian pembangunan, kewajipan kontraktual defendan adalah untuk membiayai keseluruhan kos pembangunan projek tersebut sebanyak RM298 juta yang termasuk dalamnya kos tanah tersebut sebanyak RM10,880,000 (kos tanah).

[7] Defendan dikehendaki membayar kos tanah seperti yang berikut:

(a) RM1,088,000 bersamaan dengan 10% kos tanah semasa pelaksanaan perjanjian pembangunan;

(b) RM7,616,000 bersamaan dengan 70% kos tanah dalam tempoh 90 hari dari tarikh perjanjian pembangunan tertakluk kepada syarat-syarat duluan (*condition precedent*) dalam klausa 2 dipenuhi oleh plaintif; dan

(c) RM2,176,000 bersamaan dengan 20% kos tanah sebaik sahaja diperoleh kelulusan bagi pelan pembangunan yang hendaklah diperoleh dalam tempoh sembilan bulan dari tarikh perjanjian pembangunan menurut klausa 7.2.5.

[8] Tidak ada pertikaian bahawa plaintif telah mematuhi peruntukan klausa 2.

[9] Defendan walau bagaimanapun, hanya membayar 10% daripada kos tanah tersebut, iaitu sebanyak RM1,088,000 dan gagal membayar 90% kos tanah, iaitu sebanyak RM9,792,000, dalam tempoh yang ditetapkan dalam klausa 6.1.

[10] Tuntutan bagi menuntut kos tanah sebanyak RM7,616,000 dibuat melalui surat bertarikh 19 November 2017. Defendan gagal membayar.

[11] Pada 12 Disember 2017, kedua-dua pihak membuat *supplementary development agreement* (perjanjian pembangunan tambahan). Perjanjian pembangunan tambahan ini mengadakan peruntukan mengenai bila projek tersebut hendaklah dimulakan dan disempurnakan dan remedi kepada plaintif jika berlaku kegagalan defendan mematuhi kedua-dua perjanjian.

[12] Tuntutan untuk membayar RM2,176,000 kos tanah dikemukakan menurut surat bertarikh 2 April 2018. Defendan masih gagal membayar.

Melalui surat bertarikh 26 Jun 2018, dikemukakan tuntutan bagi RM9,792,000, iaitu nilai 90% kos tanah. Defendan masih gagal membayar. Akibat kemungkiran defendan, plaintif menuntut dalam tindakan ini 90% kos tanah dan pelbagai ganti rugi, faedah dan kos.

[13] Defendan gagal memfailkan pembelaan dalam masa yang ditetapkan.

[14] Penghakiman ingkar tersebut direkodkan terhadap defendan pada 6 November 2019. Defendan diperintahkan membayar plaintif jumlah prinsipal sebanyak RM9,792,000, ganti rugi am, ganti rugi khas dan ganti rugi teladan yang kesemuanya hendaklah ditaksirkan, faedah dan kos.

[15] Defendan tidak mengetepikan penghakiman ingkar tersebut.

[16] Plaintif memfailkan notis permohonan di lampiran 20 pada 20 November 2019 untuk ditetapkan tarikh bagi pentaksiran ganti rugi dan turut dipohon supaya segala bukti berkaitan dengan pentaksiran ganti rugi diberikan dalam bentuk afidavit.

[17] HMT membenarkan permohonan di lampiran 20 pada 30 Disember 2019. Pendengaran ditetapkan pada 21 Januari 2020. Pihak-pihak saling membalas afidavit masing-masing.

[18] Pada 27 Februari 2020, HMT memerintahkan defendan membayar plaintif ganti rugi global sebanyak RM90 juta.

DI MAHKAMAH TINGGI

[19] Plaintif mengemukakan laporan Hashimah bt Harun (Hashimah) sebagai laporan pakarnya manakala defendan mengemukakan Fadzil Harlis @ Fadhli Hanafi bin Pauzi (Fadzil) sebagai pakarnya yang menentang laporan pakar Hashimah melalui keterangan afidavit.

[20] Keputusan HMT mengaward RM90 juta adalah berdasarkan laporan Hashimah. HMT menerima Hashimah sebagai seorang pakar (lihat perenggan 10 penghakiman HMT). Hashimah mengguna pakai 'approximate quantity method' dalam membuat taksiran keuntungan. HMT mendapati pandangan Hashimah 'to be reasonable and reflective of the loss of profit of the plaintiff'.

[21] HMT menolak afidavit Fadzil kerana 'Fadzli in his affidavit has not shown to me that he is a professional quantity surveyor. In any event, he is not

independent, as he is attached to the defendant. In contrast, Hashimah has made a declaration that she is not an interested party and she is not related in any way to either of the parties'.

[22] Defendan menegaskan 'approximate quantity method' yang diguna pakai oleh Hashimah adalah silap. HMT pula menyatakan:

> [16] Even if I were to assume for one moment that the approximate quantity method and the concrete reinforcement ratio are erroneous, what is then the proper approach in assessing damages? While I accept Hashimah is an expert within the meaning of s 45 of the Evidence Act 1950, I am also mindful that there is no affidavit of rebuttal filed by an expert appointed by the defendant.

[23] Daripada pentaksiran yang dijalankan, HMT membuat kesimpulan yang berikut:

> [19] In my opinion, the figure of RM96,540,300 as reflected in the report is on the high side. I also do not agree with the figure of RM103,854,969.75 as suggested by the plaintiff.
>
> [20] I believe a more reasonable figure for a global award of damages would be RM90m and I so hold. There shall be no order as to costs.

ALASAN RAYUAN

[24] HMT dikatakan terkhilaf atas alasan-alasan yang berikut:

(a) HMT bergantung kepada fakta material yang tidak diplid dalam pernyataan tuntutan;

(b) HMT menjalankan pentaksiran ganti rugi atas asas bahawa perjanjian pembangunan telah ditamatkan sedangkan isu penamatan tidak diplid oleh plaintif;

(c) HMT gagal mempertimbangkan prinsip yang terpakai dalam pentaksiran ganti rugi;

(d) HMT gagal mempertimbangkan isu-isu yang dibangkitkan oleh defendan dalam afidavit dan hujahannya. Penghakiman HMT menunjukkan isu yang dibangkitkan tidak ditangani; dan

(e) HMT tidak memberikan apa-apa justifikasi bagaimana RM90 juta dikira.

KEPUTUSAN KAMI

[25] Kami sebulat suara mendapati terdapat merit dalam rayuan ini. Alasan kami adalah seperti yang berikut.

A ISU KEGAGALAN MEMPLID

[26] Dalam menangani bantahan defendan mengenai tuntutan ganti rugi kehilangan keuntungan yang tidak diplid, HMT menyatakan:

B > [14] In resisting the said amount, the defendant has raised the question of damages on the loss of profit was not pleaded by the plaintiff. With respect, I think we have gone beyond the issue of liability. That is done and dusted. It is now for the assessment of quantum. The JID specifically states for the general, special and exemplary damages to be assessed by this court. Unless the JID is set aside or otherwise reversed at the appellate stage, the JID remains.

C

[27] Kami bersetuju bahawa apabila suatu penghakiman ingkar tidak diketepikan atau tidak diakas oleh Mahkamah Rayuan, maka penghakiman itu disifatkan menjadi muktamad. Liabiliti untuk membayar tidak lagi menjadi
D isu. Liabiliti defendan dalam kes ini untuk membayar RM9,792,000 tidak dipertikaikan oleh defendan. Yang dipertikaikan adalah apakah takat ganti rugi untuk ditaksirkan. Defendan menyatakan bahawa ganti rugi yang diperintahkan untuk ditaksirkan mestilah terhad kepada kos tanah dan tidak merangkumi kos pembinaan.

E

[28] Suatu award ganti rugi bukanlah hak automatik yang diberikan kepada plaintif. Ini kerana perintah mahkamah supaya ganti rugi ditaksirkan tidak membangkitkan suatu anggapan bahawa kerugian telah dialami (lihat kes Mahkamah Rayuan Singapura *Fraser & Neave Ltd v Yeo Hiap Seng Ltd* [1989]
F 1 MLJ 91). Pihak yang meminta ganti rugi berkewajipan membuktikan kerugian yang dialaminya, dan tujuan pentaksiran adalah untuk memastikan wujud, dan takat, apa-apa kerugian yang dialami. Banyak kes autoriti yang menetapkan bahawa pihak yang menuntut ganti rugi menanggung beban membuktikan ganti rugi dengan keterangan yang mencukupi sebelum boleh
G mendapatkannya dan kami hanya ingin menyebut beberapa kes iaitu *Guan Soon Tin Mining Co v Ampang Estate* [1973] 1 MLJ 25), *Popular Industries Ltd v Eastern Garment Manufacturing Sdn Bhd* [1989] 3 MLJ 360, *Hock Huat Iron Foundry v Naga Tembaga Sdn* [1999] 1 MLJ 65, *Sony Electronics (M) Sdn Bhd v Direct Interest Sdn Bhd* [2007] 2 MLJ 229.

H

[29] Ini bererti isu kuantum masih perlu diputuskan dan penentuannya pada pandangan kami, mestilah berasaskan tuntutan ganti rugi yang diplid. Dalam konteks ini, keputusan Mahkamah Rayuan dalam kes *Kemajuan Masteron Sdn Bhd v Chong Nge Wei & Ors* [2020] MLJU 547; [2020] 4 MLRA
I 680 adalah instruktif:

> [28] Returning then to the present appeal, in the assessment of damages, the issue of liability to pay is no longer in issue; it is only the quantum of damages. However, we do not believe it is a simple matter of considering the contents of the affidavits against the submissions made and then decide. There is more to the assessment,

much more; and the judicial exercise of determining the measure, extent and quantum of damage becomes trickier where the exercise is broken up into separate exercise, undertaken at different times and by different persons.

[29] Thus, what needs to be done is this. The judge or registrar must necessarily return to the pleadings as we have done, especially to the statement of claim.

[30] Mengapa dalam kes di hadapan kami HMT masih perlu memastikan bahawa pelbagai ganti rugi yang diperintahkan dalam penghakiman ingkar tersebut untuk ditaksirkan adalah tuntutan yang diplid oleh plaintif adalah kerana terdapat dua komponen dalam perjanjian pembangunan, iaitu komponen kos pembinaan (*construction costs*) dan komponen kos tanah (*land costs*).

[31] Peguamcara plaintif semasa pendengaran di hadapan kami bersetuju bahawa terdapat dua komponen ini. Begitu juga Hashimah dalam laporan pakarnya.

[32] Dihujahkan oleh peguamcara plaintif bahawa walaupun terdapat dua komponen, satu perjanjian sahaja sudah memberikan hak kepada plaintif untuk menuntut kedua-dua kos tanah dan kos pembinaan. Peguamcara plaintif tidak menyatakan peruntukan mana dalam perjanjian-perjanjian tersebut yang memperuntukan sedemikian. Hujahan ini pada pendapat kami tidak boleh dipertahankan kerana perjanjian pembangunan tambahan yang memberi plaintif hak untuk menuntut ganti rugi kehilangan keuntungan, tidak menjadi sebahagian daripada kes yang diplid oleh plaintif. Tuntutan bagi kehilangan keuntungan diperkenalkan dalam perjanjian pembangunan Tambahan, dan tidak diperuntukkan dalam perjanjian pembangunan. Plaintif hanya memplid perjanjian pembangunan sebagaimana yang ditunjukkan berikut ini.

[33] Secara ringkas, mukadimah kepada perjanjian pembangunan menunjukkan bahawa tuan punya berdaftar tanah tersebut ialah Perbadanan Bandar Baru Tunjung (Perbadanan). Tanah tersebut merupakan tanah rizab melayu yang tertakluk kepada pematuhan kehendak perundangan tertentu dalam proses pemindahmilikan kepada defendan. Plaintif di bawah perjanjian pembangunan adalah berkewajipan untuk mendapatkan tanah tersebut daripada Perbadanan untuk defendan bagi maksud pembangunan projek tersebut. Ini merupakan komponen pertama perjanjian pembangunan. Komponen kedua adalah bagi tanah tersebut dibangunkan oleh plaintif sebagai *turnkey contractor*.

[34] Dua komponen tersebut turut digambarkan melalui takrif 'development costs' dalam klausa 1.1 dan juga dalam klausa 6 perjanjian pembangunan:

'Development cost'

means the total development costs for the Project estimated at RM298,000,000-00 (Ringgit Malaysia Two Hundred and Ninety Eight Million) only comprising of:

(a) Construction Cost at RM287,120,000-00 (Ringgit Malaysia Two Hundred Eighty Seven Million One hundred and Twenty Thousand) only being the cost of building construction, insurance, quit rent, stamp duty, Government Contribution and Professional Fees payable to the architect, engineers, quantity surveyors and any other consultant engaged for the Project and other related payments, charges and penalties that may be imposed on the Project from time to time by the Relevant Authorities: and

(b) Land Costs at RM10,880,000-00 (Ringgit Malaysia: Ten Million Eight Hundred and Eighty Thousand) only being the Land cost, Conversion, Subdivision and other land office fees (if any).

6. PAYMENT OF DEVELOPMENT COST, PROFESSIONAL FEES, PREMIUM & CAPITAL CONTRIBUTION AND STAMP DUTY

6.1 SPNBASB shall be solely responsible for the payment of the Development costs and in respect of each item thereunder shall ensure that:-

(a) Land Cost — RM10,880,000.00

(i) SPNBASB shall pay a sum of RM1,088,000.00 (Ringgit Malaysia: One Million Eight Hundred and Eighty Thousand) only equivalent to ten per centum (10%) of the Land Cost to the Turnkey Contractor upon execution of this Agreement (hereinafter referred to as ' the First Payment');

(ii) A sum of RM7,616,000 (Ringgit Malaysia: Seven Million Six Hundred and Sixteen Thousand) only equivalent to seventy per centum (70%) of the Land Cost shall be payable to the Turnkey Contractor within Ninety (90) days from the date of this Agreement subject to the fulfilment of all the conditions precedent specified in clause 2 herein;

(iii) The balance thereof for the sum of RM2,176,000.00 (Ringgit Malaysia: Nine Million Seven Hundred and Ninety Two Thousand (sic)) only equivalent to twenty per centum (20%) shall be payable to the Turnkey Contractor immediately upon the approval of the Development Order which is to be obtained within Nine (9) months from the date of this Agreement pursuant to clause 7.2.5 herein.

(b) Construction Cost and Professional Fees

The Construction Cost shall be paid by SPNBASB to the Turnkey Contractor in accordance to the terms and conditions as provided in the Contract Agreement to be drawn up and executed between the Turnkey Contractor and SPNBASB. The said Construction Costs shall be adjusted/modified in accordance to number of units approved by the Authorities as per the approved plan which shall be increased and/or reduced proportionately in accordance to the number of original units.

6.2 The Turnkey Contractor shall be solely responsible for the payment in respect of each item thereunder shall ensure that:

(a) Application Consent To Transfer and/or charge

The Turnkey Contractor shall be responsible and undertake to apply to the MKNK with own cost for requisite consent to transfer and/or charge the said land to the individual purchaser of the unit houses(s).

[35] Kemungkiran oleh defendan, yang tidak diperuntukkan dalam perjanjian pembangunan (sila perhatikan bahawa klausa 14 perjanjian pembangunan hanya memperuntukkan kemungkiran pada pihak plaintif), kini diperuntukkan dalam klausa 3 perjanjian pembangunan tambahan. Klausa 4 perjanjian pembangunan tambahan memperuntukkan bahawa kedua-dua perjanjian pembangunan dan perjanjian pembangunan tambahan hendaklah dibaca bersama dan jika berlaku percanggahan antara perjanjian pembangunan tambahan dengan perjanjian pembangunan, perjanjian pembangunan tambahan hendaklah mengatasi.

[36] Penting ditekankan bahawa perjanjian pembangunan tambahan secara keseluruhannya adalah menjurus kepada pelaksanaan komponen kedua, iaitu mengenai kerja-kerja pembangunan tanah tersebut oleh plaintif.

[37] Dalam konteks kes ini di mana terdapat dua komponen kos, kami berpandangan adalah menjadi kewajipan HMT untuk menentusahkan bahawa pentaksiran ganti rugi yang hendak dilaksanakan mengikut penghakiman ingkar tersebut adalah berlandaskan kepada pliding plaintif, dan sama ada yang diplid oleh plaintif adalah terhad kepada komponen kos tanah atau komponen kos pembinaan atau kedua-duanya. Pendek kata, apa yang perlu dilakukan oleh HMT adalah kembali meneliti pliding plaintif dan kedua-dua perjanjian yang ditandatangani oleh kedua-kedua pihak (*Kemajuan Masteron Sdn Bhd*).

[38] Kami telah meneliti kedua-dua perjanjian tersebut dan pernyataan tuntutan plaintif dan kami mendapati perkara-perkara yang berikut.

[39] Melalui perenggan 6, plaintif memplid mereka berhak untuk mendapatkan pembayaran sebanyak RM7,616,000, iaitu 70% harga kos tanah tersebut sebagaimana yang diperuntukkan di bawah klausa 6.1(a)(ii) perjanjian pembangunan kerana telah memenuhi klausa 2.

[40] Melalui perenggan 7, plaintif memplid mereka berhak untuk mendapatkan pembayaran sebanyak RM2,176,000 iaitu 20% harga kos tanah tersebut sebagaimana yang diperuntukkan di bawah klausa 6.1(a)(iii) perjanjian pembangunan kerana telah memenuhi klausa 7.2.5.

A **[41]** Perenggan 8–14 adalah lanjutan daripada pli plaintiff mengenai hak mereka mendapatkan 90% harga kos tanah sebanyak RM9,792,000. Defendan gagal membayar dan plaintif menyatakan telah berlaku pelanggaran perjanjian pembangunan.

B **[42]** Melalui perenggan 15, plaintif memplid bahawa mereka juga mengalami pelbagai ganti rugi khas lain akibat kemungkiran defendan di bawah perjanjian pembangunan. Disenaraikan di perenggan 16(a) hingga (f) ganti rugi khas yang dialaminya, termasuklah ganti rugi dalam bentuk kerugian dan/atau kerosakan dan/atau kehilangan hasil yang dialami oleh
C plaintif (perenggan (f)).

[43] Dalam perenggan 17, plaintif memplid supaya ganti rugi khas yang dinyatakan dalam perenggan 16 ditaksirkan oleh mahkamah. Tidak ada pli
D untuk ganti rugi am dan ganti rugi teladan ditaksirkan.

[44] Dalam perenggan 18, plaintif memplid relief yang dipohon, iaitu menuntut jumlah baki keseluruhan yang terhutang di bawah perjanjian pembangunan sebanyak RM9,792,000 (ini adalah tuntutan bagi kos tanah),
E ganti rugi am, ganti rugi khas, ganti rugi teladan, faedah dan kos. Tuntutan bagi relief ganti rugi am dan ganti rugi teladan hanya tertera dalam perenggan 18 sahaja.

F **[45]** Pernyataan tuntutan, pada pandangan kami, menunjukkan bahawa tuntutan plaintif terhadap defendan adalah bagi kos tanah sahaja. Kos pembinaan yang menjadi komponen kedua perjanjian pembangunan sebanyak RM287,120,000 yang ditakrifkan dalam klausa 1.1 dan yang diperuntukkan di bawah klausa 6.1(b) perjanjian pembangunan, tidak
G menjadi sebahagian daripada kes yang diplid oleh plaintif. Adalah penghakiman kami bahawa skop dan takat penghakiman ingkar tersebut adalah terhad kepada tuntutan kos tanah dan tidak merangkumi tuntutan bagi kos pembinaan.

H **[46]** Tuntutan plaintif melalui surat-surat yang dikeluarkan oleh peguamcaranya Tetuan Teo & Chew dan plaintif sendiri hanya menuntut 90% kos tanah sahaja dan tidak langsung membuat tuntutan bagi kos pembinaan atau apa-apa ganti rugi yang berbangkit atau berkaitan dengannya.

I **[47]** Tidak boleh dipertikaikan lagi bahawa kes yang diplid oleh plaintif hanyalah berkaitan dengan kos tanah dan tidak ada kaitannya dengan kos pembinaan. Plaintif boleh sahaja memplid kos pembinaan jika mereka mengambil pendirian bahawa mereka berhak menuntutnya, tetapi mereka tidak memilih untuk berbuat demikian.

[48] Penghakiman ingkar tersebut menyebut bahawa defendan dihakimi untuk membayar jumlah prinsipal yang dihutang oleh defendan kepada plaintif sebanyak RM9,792,000, dan ganti rugi am, ganti rugi khas dan ganti rugi teladan untuk ditaksirkan, masing-masing dalam perenggan (a), (b), (c) dan (d). Perenggan (e) hingga (h) adalah berkaitan faedah, dan kesemuanya adalah berkaitan dengan kos tanah. Perenggan (i) adalah mengenai kos.

[49] Kami menyatakan bahawa penghakiman ingkar tersebut bagi segala maksud hanya menjurus kepada kos tanah. Tidak terdapat dalamnya perintah bahawa ganti rugi-ganti rugi yang diperintahkan untuk ditaksirkan adalah berkaitan dengan atau termasuk kos pembinaan. Ini adalah konsisten dengan pernyataan tuntutan plaintif bagi mendapatkan kos tanah sahaja.

[50] Perlu diperhatikan bahawa fi profesional arkitek, jurutera, juruukur bahan dan mana-mana konsultan lain yang dilantik bagi projek tersebut dan apa-apa pembayaran yang berkaitan, caj dan penalti yang dikenakan dari semasa ke semasa oleh pihak berkuasa yang berkaitan, adalah termasuk dalam kos pembinaan dan bukan kos tanah. Ini diperuntukkan dalam takrif 'development costs' dalam klausa 1.1 perjanjian pembangunan. Jadi pihak-pihak terikat dengan persetujuan mereka bahawa kos-kos sedemikian tidak berkaitan dengan tuntutan bagi kos tanah.

[51] Jika plaintif masih memplid kos di perenggan 16(a) hingga (e), maka adalah munasabah disimpulkan bahawa kos yang dimaksudkan itu adalah kos yang berbangkit daripada atau berkaitan dengan kos tanah.

[52] Apa pula kesannya perenggan 16(f) pernyataan tuntutan di mana plaintif memplid, antara lain, ganti rugi khas kehilangan keuntungan? Kami berpandangan memandangkan pliding plaintif hanya menjurus kepada tuntutan kos tanah, maka tuntutan dalam perenggan 16(f) mestilah juga dibaca dalam konteks yang sama seperti kos yang dituntut di perenggan 16(a) hingga (e), iaitu ganti rugi khas yang berbangkit daripada atau berkaitan dengan kos tanah sahaja, dan tidak lebih daripada itu.

[53] Dalam membuat keputusan, mahkamah adalah terikat untuk hanya memutuskan kes berdasarkan pliding dan tidak boleh mengetepikan pliding pihak-pihak. Kedua-dua pihak terikat dengan parimeter pliding masing-masing (lihat *Janagi v Ong Boon Kiat* [1971] 2 MLJ 196; *Pacific Forest Industries Sdn Bhd & Anor v Lin Wen-Chih & Anor* [2009] 6 MLJ 293; *RHB Bank Bhd (substituting Kwong Yik Bank Bhd) v Kwan Chew Holdings Sdn Bhd* [2010] 2 MLJ 188; *Aseambankers Malaysia Bhd & Ors v Shencourt Sdn Bhd & Anor* [2014] 4 MLJ 619).

[54] Kembali kepada kes sekarang, kami menyatakan bahawa HMT tidak boleh mengabaikan pliding plaintif. Berdasarkan pliding plaintif, HMT hanya boleh membuat pentaksiran ganti rugi bagi kehilangan keuntungan di perenggan 16(f) berdasarkan kos tanah sahaja.

[55] Terdapat banyak kes yang diputuskan yang menyatakan bahawa jika pematuhan ketat pliding diabaikan, maka mahkamah akan dilihat seolah-olah mereka-reka atau mewujudkan suatu kausa tindakan bagi satu pihak dan pada masa yang sama, berlaku tidak adil kepada pihak yang lain, dan keputusan yang dibuat berdasarkan isu yang tidak diplid boleh diketepikan. Mahkamah Persekutuan dalam *RHB Bank Bhd*, menegaskan:

> [33] Second, the proposition of the Court of Appeal was not even pleaded by the respondent. The respondent's cause of action against the appellant was for breach of contract. Nowhere in the respondent's pleading, expressly or by implication, can we detect a claim for breach of a joint venture agreement arising out of a fiduciary duty placed upon the appellant in the capacity as principal of an agent. It is a cardinal rule in civil litigation that the parties must abide by their pleadings. This is trite as can be seen from the decision of this court in *Menah Sulong v Lim Soo & Anor* [1970]1 MLRA 1; [1983] CLJ Rep 263; [1983] 1 CLJ 26 where Ong Hock Thye CJ said:
>
> > I think it is necessary in this case to emphasise once again that the courts should give their decision in strict compliance with the pleadings. As Lord Radcliffe said in *Esso Petroleum Co Ltd v Southport Corporation* [1956] 2 WLR 81, 91
>
> If an Appellate Court is to treat reliance as pedantry or mere formalism I do not see what part they play in out trial system.
>
> [34] In fact, the Court of Appeal itself has reiterated this in *Amanah Butler (M) Sdn Bhd v Yike Chee Wah* [1997]1 MLJ 750; [1997] 1 MLRA 143; [1997] 2 CLJ 79; [1997] 2 AMR 1653 where Gopal Sri Ram JCA (as he then was) said:
>
> > It is trite law that a party is bound by its pleadings.
>
> [35] On this, we would like to add that it is not the duty of the court to invent or create a cause of action or defence under the guise of doing justice for the parties lest it be accused of being biased towards one against the other. The parties should know best as to what they want and it is not for the court to pursue a cavalier approach to solving their dispute by inventing or creating cause or causes of action which were not pleaded in the first place. Such activism by the court must be discouraged otherwise the court would be accused of making laws rather than applying them to a given set of facts.

[56] Dalam *Projek Lebuh Raya Utara-Selatan Sdn Bhd v Kim Seng Enterprise (Kedah) Sdn Bhd* [2013] 5 MLJ 360, Mahkamah Rayuan memutuskan:

> [18] What this amounts to is this. That the court is not entitled and should not decide a suit on an issue which is not pleaded. In short, the trial of the suit must be confined to the pleadings (*Yew Wan Leong v Lai Kok Chye* [1990] 2 MLJ 152 (SC), at p 154) and the pleadings operate to effectively define and delimit with absolute clarity and precision the real matters in controversy between the parties. In this way,

the parties could prepare their respective cases ad the court too will adjudicate on those issues and no more (*Asia Hotel Sdn Bhd v Malayan Insurance (M) Sdn Bhd* [1992] 2 MLJ 615 *S Manickam & Ors v Ismail bin Mohamad & Ors* [1997] 2 MLJ 90 *Narayanan v Kannamah* [1993] 3 MLJ 730 *Anjalai Ammal & Anor v Abdul Kareem* [1969] 1 MLJ 22 (FC); *Muniandy & Anor v Muhammad Abdul Kader & Ors* [1989 2 MLJ 416 (SC),at p 418; *Wisma Punca Emas Sdn Bhd v Dr Donal R O' Holohan* [1987] 1 MLJ 393 (SC); *Gimstern Corporation (M) Sdn Bhd & Anor v Global Insurance Co Sdn Bhd* [1987] 1 MLJ 302 (SC); and *Tan Ah Chim & Sons Sdn Bhd v Ooi Bee Tat & Anor* [1993] 3 MLJ 633).

[19] It is a correct statement of the law to state that where the case has been decided on an issue that is not raised in the pleadings, the judgment can be set aside forthwith.

[57] Juga dalam *Aseambankers Malaysia Bhd*, di ms 648 diputuskan bahawa 'it is also salutary to mention that when the trial court decides on an issue that is not pleaded, the judgment can be set aside'.

[58] Berpandukan kes-kes di atas, kekhilafan HMT atas isu pliding mewajarkan campur tangan kami. Rayuan ini boleh dibenarkan atas isu pliding sahaja.

[59] Ada berberapa faktor lain yang turut menyumbang kepada mengapa pentaksiran yang dijalankan dan award yang dibuat oleh HMT tidak boleh dipertahankan.

[60] Klausa 6.1 (b) yang dirujuk sebelum ini mengenai kos pembinaan dan fi profesional (*construction cost and professional fees*) memperuntukkan, antara lain, bahawa jumlah kos pembinaan sebanyak RM287,120,000 hendaklah dibayar oleh defendan berdasarkan kontrak perjanjian yang hendaklah disediakan dan dilaksanakan antara plaintif dan defendan dan kos pembinaan akan diubah atau diselaraskan berdasarkan jumlah unit yang diluluskan oleh pihak berkuasa menurut pelan pecah bahagi (*subdivision*) yang diluluskan.

[61] Fadzil mendepos bahawa perjanjian kontrak yang dimaksudkan dalam klausa 6.1(b) masih belum dilaksanakan oleh pihak-pihak. Selain tidak memplidnya, plaintif juga tidak menunjukkan dalam mana-mana afidavitnya bahawa telah terdapat pematuhan klausa 6.1(b) tersebut. Apabila keterangan afidavit Fadzil tersebut tidak dicabar oleh plaintif, maka plaintif dianggap mengetahui bahawa nilai kos pembinaan masih belum muktamad.

[62] Laporan pakar Hashimah menunjukkan di perenggan 2.1 bahawa beliau telah diberikan kedua-dua perjanjian pembangunan dan perjanjian pembangunan tambahan. Beliau diminta membuat pengiraan keuntungan

semata-mata berdasarkan kos pembinaan. Beliau mengakui bahawa daripada kedua-dua perjanjian tersebut, terdapat dua komponen kos, iaitu kos tanah dan kos pembinaan. Hashimah menyatakan yang berikut:

> 2.1 Approach
>
> The matter for my opinion is the estimated amount of profit that may be realisable from the construction and completion of the Project as per the development agreement and Supplementary Agreement. The development agreement in Clause 1.1 provides that the Development Costs estimated at RM298,000,000.00 comprises of two components i.e. Construction Cost of RM287,120,000.00 and Land Cost of RM10,880,000.00.
>
> I was tasked to calculate the profit realisable solely from the Construction Cost.
>
> For the purpose of calculating the profit of the Construction Cost, I take the above Construction Cost provided in Clause 1.1 of the development agreement Sum and then deduct from it the derived cost of work (construction work at cost), to obtain the amount of gross profit, without any allowances for taxation.

[63] Plaintif dari permulaan lagi telah memberi Hashimah arahan yang tidak betul, iaitu untuk mengira keuntungan daripada kos pembinaan sedangkan tuntutan bagi kos tersebut bukan sahaja tidak diplid malah belum muktamad dan adalah pra matang.

[64] Isu pliding adalah isu undang-undang yang kami percaya tidak patut dibebankan ke atas Hashimah. Namun begitu, sukar untuk mengecualikan Hashimah daripada isu pra matang. Ini kerana Hashimah mengetahui dan dianggap telah menganalisa kedua-dua perjanjian tersebut dalam proses mengemukakan pendapat pakarnya.

[65] Pada pandangan kami, Hashimah telah tersilap pertamanya, apabila mengambil kira kos pembinaan tanpa mengambil kira kesan klausa 6.1(b) perjanjian pembangunan, iaitu belum terdapat kontrak perjanjian yang menjadikan kos pembinaan yang menjadi asas pengiraannya, masih belum muktamad. Memandangkan berkemungkinan kos pembinaan akan berubah berdasarkan jumlah unit yang diluluskan, maka pengiraan anggaran keuntungan berdasarkan kos pembinaan pada peringkat ini adalah bertentangan dengan persetujuan yang telah dicapai oleh kedua-dua pihak.

[66] Keduanya, tuntutan bagi kos pembinaan adalah pra matang kerana:

(a) pembinaan projek tersebut belum bermula mengikut klausa 1.1 perjanjian pembangunan tambahan kerana belum ada pelan bangunan (*building plan*) yang diluluskan; dan

(b) klausa 3.1 perjanjian pembangunan tambahan tidak dikuatkuasakan oleh plaintif terhadap defendan.

Perkara di atas akan kami susuli.

[67] Plaintif tersilap dalam memberi arahan yang betul kepada Hashimah dan kesilapan Hashimah berpanjangan apabila HMT memutuskan untuk menerima laporan Hashimah tanpa memberikan penilaian kehakiman yang mencukupi kepada keterangan afidavit Fadzil yang pada pandangan kami membangkitkan perkara-perkara yang material dan relevan untuk dianalisa.

[68] Dapatan HMT bahawa tidak ada *afidavit in rebuttal* oleh defendan adalah tidak tepat kerana jika diteliti, ketiga-tiga afidavit yang diikrarkan oleh Fadzil menentang kandung laporan pakar Hashimah. Sehubungan itu, kami berpendapat adalah tidak material sama ada defendan mengemukakan kaedah pengiraan atau tidak kerana asas pengiraan keuntungan oleh Hashimah dari permulaannya adalah tidak betul. Ini membawa kepada HMT terkhilaf secara nyata dalam membenarkan tuntutan ganti rugi bagi kehilangan keuntungan berdasarkan kos pembinaan yang secara langsung, telah menjejaskan kepentingan defendan (*RHB Bank Bhd; Perbadanan Pengurusan 3 Two Square v 3 Two Square Sdn Bhd & Anor* [2019] MLJU 1983).

KLAUSA 1.1 perjanjian pembangunan tambahan

[69] Antara waad plaintif dalam perjanjian pembangunan adalah untuk mendapatkan pelan bangunan seperti yang diperuntukkan dalam klausa 7.2.6 yang berbunyi:

> to take necessary steps or action to obtain the Building Plan approval from the relevant Authority (s) within the period of two (2) months from the date of the Development Order, subject to further extension of time to be granted by SPNBASB which such extension of time shall not be unreasonably withheld.

[70] Perjanjian pembangunan tambahan yang ditandatangani tiga tahun selepas perjanjian pembangunan dilaksanakan dan selepas defendan masih gagal membayar 70% kos tanah yang dituntut pada 19 November 2017 memperuntukkan dalam klausa 1 (defendan dirujuk sebagai 'developer') yang berikut:

> 1. COMMENCEMENT OF PROJECT
>
> 1.1 Notwithstanding any provision in the development agreement, the parties hereby agree that the Turnkey Contractor shall commence the construction of the Project upon the receipt by the Turnkey Contractor of the instruction from the Developer for the commencement of construction of the Project, which instruction shall be given or deemed to be given by the Developer within twelve (12) months from the date of this supplementary development agreement or from the approval of the building plan of the Project, whichever is later.
>
> 1.2 COMPLETION OF PROJECT

2.1 Notwithstanding any provision in the development agreement,the parties hereby agree that each phase of the Project shall be completed and the certificate of completion and compliance shall be obtained by the Turnkey Contractor within thirty six (36) months (for high rise property project) or twenty four (24) months (for landed property project) from the date of receipt of instruction to commence construction under Clause 1.1 provided that the final building plan approval and the necessary construction approval have been obtained by the Turnkey Contractor.

[71] Menurut klausa 1.1 di atas, pembinaan projek tersebut hendaklah dimulakan dalam masa 12 bulan dari tarikh perjanjian pembangunan tambahan, iaitu pada 12 Disember 2018 atau dari tarikh kelulusan pelan bangunan (*building plan*), mengikut mana-mana yang kemudian.

[72] Fadzli mendepos dalam afidavitnya bahawa tidak wujud pelan bangunan yang disediakan oleh mana-mana pihak dan yang diluluskan oleh pihak berkuasa. Oleh itu, *soft drawing plan/construction plans* yang dilampirkan bersama laporan pakar Hashimah telah disediakan oleh plaintif secara unilateral kerana tidak ada kelulusan defendan dan disediakan hanya bagi maksud prosiding pentaksiran ganti rugi di lampiran 20.

[73] Perlu diiperhatikan sekali lagi bahawa keterangan afidavit Fadzil ini tidak dicabar oleh plaintif. Peguamcara plaintif juga tidak mempertikaikan bahawa Hashimah telah menggunakan *soft drawing/ construction plan*.

[74] Tidak boleh dipertikaikan bahawa pelan bangunan tidak ditandatangani oleh semua konsultan/pihak. Dan yang lebih penting, tidak ditunjukkan oleh plaintif atau Hashimah bahawa pelan bangunan tersebut telah diluluskan oleh pihak berkuasa. Oleh yang demikian, adalah menjadi persoalan bagaimana Hashimah boleh menyandarkan secara keseluruhan laporan pakarnya berdasarkan *soft drawing plans/construction plan* yang pada hakikatnya tidak berdasarkan pelan bangunan yang diluluskan? Dalam hal keadaan yang wujud, kami bersetuju dengan peguamcara defendan bahawa laporan pakar Hashimah tidak sepatutnya diterima oleh HMT sebagai 'reasonable and reflective of the loss of profit of the plaintiff'. Ini kerana diragui kesahihan dokumen yang menjadi bahan rujukan dan pergantungan Hashimah dalam membuat pendapat pakar beliau.

[75] Sedemikian halnya, kami tidak berhasrat untuk mengupas lanjut laporan pakar Hashimah dan pendekatan beliau dalam mencapai ganti rugi kehilangan keuntungan sebanyak RM96,540,000 memandangkan laporan beliau hanya memperkatakan kos pembinaan yang bagi segala maksud, adalah tidak relevan bagi kos tanah. Dalam apa jua keadaan, amaun yang dikemukakan oleh Hashimah telah ditolak oleh HMT.

KLAUSA 3.1 perjanjian pembangunan tambahan

[76] Kami berpandangan tuntutan plaintif, termasuk pli di perenggan 16(f), tidak boleh merangkumi dan tidak boleh dikaitkan dengan kos pembinaan kerana ganti rugi kehilangan keuntungan hanya boleh dituntut oleh plaintif jika berlaku kemungkiran oleh defendan, dan plaintif menguatkuasakan haknya, di bawah klausa 3 perjanjian pembangunan tambahan. Peruntukan tersebut berbunyi:

3. DEFAULT BY PARTY

3.1 Without prejudice to any other rights or remedies which the Turnkey Contractor may possess, the parties hereby agree that in the event that the Developer fails or refuses to:-

(a) pay the Development Cost or any part thereof in accordance to the development agreement and/or this supplementary development agreement;

(b) execute, materialize or carry out the Project in accordance to the development agreement and/or this supplementary development agreement; or

(c) comply with any of its agreements, undertakings, covenants, warranties and/or obligations under the provision of the development agreement and/or this supplementary development agreement,

the Turnkey Contractor shall give to the Developer a fourteen (14) days notice to rectify the breach or default of the Developer, and in the absence or default of such rectification action or measure, the Turnkey Contractor shall be entitled at its own discretion to suspend the execution of the Project until such time payment is made OR to terminate the development agreement and/or this supplementary development agreement and claim from the Developer liquidated ascertained damages equivalent to the entire loss of profits by the Turnkey Contactor on the Development Cost and the cost and expenses of all work done and value of materials at site as ascertained by an independent Quantity Surveyor, and the legal fees and all other losses, damages, costs and expenses incurred and/or may be incurred by the Turnkey Contractor for the enforcement of the development agreement and/or this supplementary development agreement.

[77] Daripada peruntukan klausa 3.1 di atas, adalah jelas bahawa kedua-dua pihak berkontrak bahawa jika terdapat kegagalan defendan mematuhi perenggan (a), (b) atau (c), plaintif berhak menuntut daripada defendan, antara lain, 'liquidated ascertained damages equivalent to the entire loss of profits and value of materials at site as ascertained by an independent quantity surveyor'.

[78] Kehendak klausa 3.1 mesti dipatuhi sebelum plaintif boleh menuntut kehilangan keuntungan. Plaintif dihendaki memberikan notis bertulis kepada defendan untuk membetulkan kegagalan atau kemungkirannya itu dalam masa 14 hari. Sekiranya defendan gagal berbuat demikian, plaintif berhak untuk menggantungkan pelaksanaan projek tersebut sehingga defendan membuat pembayaran atau plaintif berhak untuk menamatkan perjanjian pembangunan dan/atau perjanjian pembangunan tambahan dan menuntut kerugian yang disebut dalamnya. Tidak dapat dinafikan bahawa semua ini tidak berlaku.

[79] Kami menegaskan bukan menjadi kes plaintif yang diplid bahawa perjanjian pembangunan dan perjanjian pembangunan tambahan telah ditamatkan oleh plaintif menurut kuasa klausa 3.1 perjanjian pembangunan tambahan untuk membolehkan plaintif melaksanakan hak kontraktualnya menuntut ganti rugi kehilangan keuntungan. Perlu juga diulangi, pernyataan tuntutan tidak membuat apa-apa sebutan mengenai atau rujukan kepada perjanjian pembangunan tambahan. Dalam ketiadaan penamatan perjanjian pembangunan dan/atau perjanjian pembangunan tambahan, maka tuntutan bagi kehilangan keuntungan berdasarkan kos pembinaan adalah tidak konsisten dan bercanggah dengan terma kontraktual yang telah dipersetujui antara plaintif dan defendan, dan sepatutnya ditolak oleh mahkamah.

[80] HMT bagaimanapun telah menjalankan taksiran ganti rugi bagi kehilangan keuntungan berasaskan kos pembinaan seolah-olah telah berlaku penamatan oleh plaintif, sebagaimana yang dapat dilihat daripada petikan yang berikut:

> [11] According to her report, which is in exh HBH2, her scope of work was to calculate the profit realisable solely from the construction costs as per the DA. Cl 1.1 of the DA provides that the construction costs of RM 287,120,000 ('the DA sum'). For the purpose of calculating the profit of the construction costs, Hashimah has taken into account the DA sum minus the construction work at costs to obtain the amount of gross profit.

[81] Petikan di atas menunjukkan kekhilafan HMT apabila gagal mengambil kira hakikat bahawa penamatan kedua-dua perjanjian pembangunan dan perjanjian pembangunan tambahan tidak berlaku kerana plaintif tidak pada bila-bila masa yang material menuntut haknya di bawah klausa 3.1 perjanjian pembangunan tambahan.

PRINSIP PENTAKSIRAN GANTI RUGI

[82] Kini kami beralih kepada isu mengenai HMT gagal menggunakan prinsip yang terpakai bagi pentaksiran ganti rugi.

[83] Prinsip yang terpakai bagi suatu pentaksiran ganti rugi adalah begitu mantap dan tidak perlu dikupas lanjut. Namun begitu, bagi maksud melengkapi penghakiman ini, kami menghuraikan secara ringkas prinsip yang terpakai seperti yang berikut.

[84] Seksyen 74 Akta Kontrak 1950 memperuntukkan mengenai pampasan bagi kerugian atau ganti rugi akibat daripada kemungkiran kontrak. Mahkamah Agung dalam kes *Bank Bumiputra Malaysia Bhd Kuala Terengganu v Mae Perkayuan Sdn Bhd & Ors* [1993] 2 MLJ 76; [1993] 1 MLRA 198 menyatakan bahawa s 74 adalah perisytiharan kaedah mengenai pentaksiran ganti rugi yang diperturunkan dalam *Hadley v Baxendale* [1854] 9 Exch 34 (lihat juga *Tara Rajaratnam v Datuk Jagindar Singh & Ors* [1984] 1 MLJ 175; *Nikmat Masyhur Sdn Bhd v Kerajaan Negeri Johor Darul Ta'zim* [2014] 1 MLJcon 213; [2008] 9 CLJ 46).

[85] Seksyen 74 Akta Kontrak 1950 berbunyi:

> 74(1) When a contract has been broken, the party who suffers by the breach is entitled to receive, from the party who has broken the contract, compensation for any loss or damage caused to him thereby, which naturally arose in the usual course of things from the breach, or which the parties knew, when they made the contract, to be likely to result from the breach of it.
>
> (2) Such compensation is not to be given for any remote and indirect loss or damage sustained by reason of the breach.'

[86] Undang-undang memperuntukkan bahawa prinsip am bagi taksiran ganti rugi adalah bersifat pampasan.

[87] Prinsip yang menjadi panduan dalam pentaksiran ganti rugi disebut oleh Mahkamah Persekutan dalam kes *Tan Sri Khoo Teck Puat & Anor v Plenitude Holdings Sdn Bhd* [1994] 3 MLJ 777 dan diputuskan di ms 787–788:

> At common law, the general principle which constitutes the starting point in the assessment of damages for breach of contract is, in the words of Parke R in *Robinson v Harman* [1843-60] All ER Rep 383 at p 385; (1848) 1 Ex 850 at p 855; 154 ER 363 at p 365, ' where a party sustains a loss by reason of a breach of contract, he is, so far as money can do it, to be placed in the same situation with respect to damages, as if the contract had been performed'. This was cited with approval by the Court of Appeal in *Koufos v C Czarnikow Ltd* [1969] 1 AC 350 at pp 414–420; [1967] 3 All ER 686 at pp710–714; [1967]3 WLR 1491 at pp 1527 and 1532.
>
> The basis of assessment —
>
> In outline, the victim of a breach of contract is entitled to compensation for any loss which results from the breach and which is neither too 'remote' or unlikely, a consequence nor one which he could have avoided by taking reasonable steps in mitigation'. He is 'to be placed in the same situation as if the contract had been performed '(*Robinson v Harman* [1848] 1 Ex 850 at p 855). This involves

A considering his overall position. The damages should compensate him for the performance which he should have received but has not, with deductions for any savings he has or should have made through not having to perform himself or by other action, such as entering a substitute transaction with someone else. Any profit which he is only able to make because of the breach of contract should also be B deducted. These deductions are made in accordance with the general principle that an award of damages should not put the victim in a better position than if the contract had been performed; he should recover no more than he has lost ...

C (Lihat juga kes *Tan Ah Chim & Sons Bhd v Ooi Bee Tat & Anor* [1993] 3 MLJ 633); *UDA Holdings Bhd v Koperasi Pasaraya Malaysia Bhd and other appeals* [2007] 6 MLJ 530; *Datuk Mohd Ali bin Hj Abdul Majid & Anor & Co v Public Bank Bhd* [2014] 4 MLJ 465)

[88] Dalam *Bank Bumiputra Malaysia Bhd Kuala Terengganu*, Mahkamah D Agung menyebut di ms 209:

... once the claimant has proved that the kind of damages suffered was foreseeable then the guilty party is liable to the full extent of it whether foreseeable or not provided that the extent of the damages claimed has been established on the balance of probabilities. In other words, it would not be sufficient for a claimant to merely E show that the extent of damage alleged was merely possible. To hold otherwise would dispense with proof of quantum altogether (see *Litigation Support and Financial Assessment of Damages* by DR Chilver and CJ Lemar p 57).

F **[89]** Plaintif pada pandangan kami gagal membuktikan ganti rugi yang dituntut adalah boleh dijangkakan dan tidak terpencil kerana asas tuntutannya yang tersasar.

G **[90]** Award global sebanyak RM90 juta pula yang tidak relevan bagi kos tanah dan dan tidak bersifat pampasan, mengundang kekaburan dan pelbagai persoalan.

[91] Adakah award ini merangkumi kesemua tuntutan ganti rugi yang ditaksirkan, iaitu ganti rugi khas, ganti rugi am dan ganti rugi teladan? Tidak H diketahui tuntutan apakah yang dibenarkan dan apa yang tidak dibenarkan kerana HMT tidak memberikan justifikasi bagi award global yang dibuatnya. Ganti rugi mana yang mendapat award yang lebih dan mana yang kurang menimbulkan tanda tanya. Kemungkinan ganti rugi teladan diberikan amaun yang sama rata dengan atau lebih daripada ganti rugi yang lain, tidak boleh I ditketepikan. Ini kerana plaintif mengambil pendirian bahawa defendan telah melakukan kemungkiran membayar kos tanah berulang kali. Walaupun isu ini hanya suatu spekulasi sahaja, namum begitu situasi sebegini tidak dapat dielakkan jika tidak ada kepastian tentang apa yang membentuk pemberian award global ini.

[92] Lebih-lebih lagi apabila penghakiman HMT memperlihatkan ketidakkonsistenan dalam membentuk award tersebut, seperti yang terkandung dalam perenggan 18, 19 dan 20 penghakiman beliau yang pada pembacaan kami, membawa maksud ini. Plaintif mencadangkan ganti rugi kehilangan keuntungan sebanyak RM103,854,969.75. HMT tidak bersetuju dengan amaun ini. Hashimah dalam laporannya bagaimanapun, mengemukakan amaun sebanyak RM96,540,300. Walaupun amaun yang dikemukakan oleh Hashimah didapati munasabah dan menggambarkan kehilangan keuntungan plaintif, namun begitu, HMT berpendapat amaun tersebut adalah tinggi. Dan akhirnya HMT memutuskan 'I believe a more reasonable figure for a global award of damages would be RM90m and I so hold ...'. Sebagaimana yang telah kami nyatakan, keputusan memilih amaun ini sama sekali tidak memberikan indikasi apakah yang telah dibuktikan oleh plaintif bagi mewajarkan award sebanyak ini diberikan kepada plaintif.

[93] Undang-undang menetapkan bahawa mestilah wujud kaitan antara kemungkiran dan kerugian yang dialami. HMT gagal untuk memberi justifikasi atau penjelasan bagaimana tuntutan plaintif bagi kemungkiran defendan membayar baki 90% kos tanah sebanyak RM9,792,000, boleh membawa kepada plaintif menerima ganti rugi keuntungan sebanyak RM90 juta. Award yang diberikan bagi segala maksud, semestinya bukan suatu ganti rugi berbentuk pampasan.

[94] Award ganti rugi yang jauh tidak setimpal dengan kemungkiran yang diplid oleh plaintif berpunca daripada kegagalan HMT membezakan antara komponen kos tanah dan komponen kos pembinaan. Kedua-dua kos ini adalah berbeza. Hak yang dituntut oleh plaintif mestilah selaras dan berpaksikan terma kontraktual yang mengikat mereka dan mahkamah mestilah memberikan kesan kepada terma yang mengikat itu. Ini telah tidak berlaku dalam kes ini.

[95] Pemerhatian Mahkamah Persekutuan dalam *Tan Kuan Yau v Suhindrimani* [1985] 2 MLJ 22; [1985] 1 MLRA 183 mengenai tanggungjawab Mahkamah Rayuan dalam kes-kes pentaksiran ganti rugi adalah instruktif:

> In a particular case therefore it is for the Appeal Court to consider whether in the light of the circumstances of that case there is an erroneous estimate of the amount of the damage in that, either there was an omission on the part of the judge to consider some relevant materials, or he had admitted for purpose of assessment some irrelevant considerations. If the court is satisfied or convinced that the judge has acted upon wrong principle of law then it is justified in reversing; indeed, it is its duty to reverse the finding of the trial judge.

[96] Kekhilafan HMT memerlukan campur tangan kami kerana kekhilafan tersebut telah menyebabkan berlaku ketidakadilan kepada defendan. Rayuan ini dibenarkan dan perintah Mahkamah Tinggi bertarikh 27 Februari 2020 diketepikan. Kami tidak mempertimbangkan pemberian suatu ganti rugi nominal kepada plaintif kerana pentaksiran ganti rugi yang sepatutnya berasaskan kos tanah tidak sama sekali menjadi kes plaintif dan plaintif tidak mengubah pendirian mereka sepanjang berlangsungnya prosiding di hadapan kami. Plaintif diarahkan membayar kos sebanyak RM5,000 kepada defendan, tertakluk kepada pembayaran fi alokatur.

Rayuan dibenarkan.

Dilaporkan oleh K Selvaraju